



Das verbindliche UNO-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten

**Analysepapier zum dritten Entwurf
vom 6. August 2020**

Christine Kaufmann

Sabrina Ghielmini

Bern, 28. Oktober 2020

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Telefon +41 31 631 86 51, skmr@skmr.unibe.ch

AUTORINNENVERZEICHNIS

Sabrina Ghielmini

MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Kompetenzzentrum für Menschenrechte (MRZ) der Universität Zürich und wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Themenbereich Menschenrechte und Wirtschaft des SKMR

Christine Kaufmann

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Vorsitzende Leitungsausschuss Kompetenzzentrum für Menschenrechte (MRZ), Universität Zürich, Themenbereichsleiterin Menschenrechte und Wirtschaft des SKMR

Zitiervorschlag: SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE (SKMR), Das verbindliche UNO-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten, Analysepapier zum dritten Entwurf vom 6. August 2020, verfasst von Kaufmann Christine/ Ghielmini Sabrina, Bern 2020.



Gesamte Studie



Ausschnitte

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	4
Abstract	1
I. Einleitung	2
II. Allgemeine Bemerkungen	2
1. Inhaltliche Schwerpunkte und Systematik	2
2. Grundkonzept	2
3. Bezug zu den UNGP	3
III. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen	4
1. Zweck (Präambel und Art. 2)	4
2. Definitionen (Art. 1)	4
2.1. Opfer (Art. 1 Abs. 1)	4
2.2. Business Activities (Art. 1 Abs. 3)	5
3. Räumlicher Geltungsbereich der Schutzpflicht	5
4. Persönlicher Geltungsbereich (Art. 3 Abs. 1)	5
5. Sachlicher Geltungsbereich (Art. 3 Abs. 3)	6
5.1. Menschenrechte	6
5.2. Bezug Umweltrecht	6
6. Menschenrechtliche Sorgfaltspflicht (Art. 6)	7
7. Rechtliche Verantwortung (Art. 8)	8
8. Weitere Bemerkungen	9
8.1. Sammelklagen	9
8.2. Forum-non-conveniens-Doktrin	9
8.3. Internationale Zuständigkeit (Art. 9)	10
8.4. Verjährung (Art. 10)	10
8.5. Anwendbares Recht (Art. 11)	10
8.6. Konsistenz mit völkerrechtlichen Prinzipien und Instrumenten (Art. 11)	11
IV. Fazit	11
Literaturverzeichnis	12

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Bst.	Bestimmung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention; SR 0.101)
ILO	International Labour Organization (Internationale Arbeitsorganisation)
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen; SR 0.275.12)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OECD-Leitsätze	OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen
OEIGWG	Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights
OHCHR	Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (UNO-Hochkommissariat für Menschenrechte)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
WSK-Ausschuss	UNO Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

ABSTRACT

Eine UNO-Arbeitsgruppe erarbeitet seit mehreren Jahren ein international verbindliches Abkommen zur Regulierung der Aktivitäten von Unternehmen in Bezug auf die Respektierung der Menschenrechte. Der am 6. August 2020 veröffentlichte dritte Entwurf wird aktuell von den Staaten und der Zivilgesellschaft diskutiert.

Das SKMR hat im Auftrag des Bundes den neuen Entwurf analysiert und festgestellt, dass er gegenüber dem letzten Entwurf weder in konzeptioneller noch in inhaltlicher oder systematischer Hinsicht grundsätzliche Änderungen enthält. Vorgenommen wurden insbesondere zahlreiche Detailanpassungen. Diese führen dazu, dass sich der neue Entwurf stärker an die UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte anlehnt und sich besser in das sonstige regulatorische Umfeld einfügt.

Nach wie vor nicht geklärt ist, welchen grundsätzlichen Ansatz die Konvention verfolgt: Soll sie Umsetzungsaufträge an Staaten erteilen, oder will sie konkrete, unmittelbar anwendbare Normen einführen? So beinhaltet der Entwurf nicht nur bei den Haftungsvoraussetzungen, sondern auch in Bezug auf verfahrensrechtliche Fragen zahlreiche konkrete Bestimmungen. Für die weiteren Diskussionen wäre es hilfreich, diese konkreten Bestimmungen des Entwurfs von 2020 bzw. seines vermutlich 2021 erscheinenden Nachfolgers vertieft auf ihre grundsätzliche Vereinbarkeit mit der Schweizer Rechtslage und den für die Schweiz massgeblichen internationalen Instrumenten zu überprüfen.

RÉSUMÉ

Un groupe de travail des Nations Unies travaille depuis plusieurs années en vue de l'élaboration d'un accord international contraignant pour réguler les activités des entreprises en ce qui concerne le respect des droits humains. Le troisième projet publié le 6 août 2020 est actuellement discuté par les États et la société civile.

Après avoir analysé le nouveau projet sur mandat de la Confédération, le CSDH a constaté qu'il ne contient aucun changement fondamental par rapport au projet précédant, ni à l'égard de la conception, du contenu ou du système. Ce sont en particulier de nombreuses modifications de détail effectuées qui font que ce projet est plus étroitement aligné sur les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits humains. Ainsi il s'inscrit mieux dans l'environnement réglementaire déjà existant.

Ce qui reste encore flou, c'est l'approche fondamentale suivie par la convention. En effet, est-ce que des mandats de mise en oeuvre seront délivrées aux États ou est-il plutôt question d'introduire des normes automatiquement applicables ? Toutefois, le projet contient de nombreuses dispositions concrètes, non seulement en ce qui concerne les exigences en matière de responsabilité, mais aussi en ce qui concerne les questions de procédure. Pour la suite des discussions, il serait donc utile d'examiner de plus près si les dispositions concrètes qui se trouvent dans le projet de 2020, respectivement dans le prochain probablement publié en 2021, sont compatibles avec la situation juridique suisse et les instruments internationaux pertinents pour la Suisse.

I. EINLEITUNG

Der UNO-Menschenrechtsrat rief mit Resolution 26/9 vom 26. Juni 2014 die «Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights» (OEIGWG) ins Leben. Diese Arbeitsgruppe ist mit der Ausarbeitung eines international verbindlichen Instrumentes zur Regulierung der Aktivitäten von Unternehmen in Bezug auf die Respektierung der Menschenrechte betraut.

Bislang hat die OEIGWG drei Konventionsentwürfe erarbeitet: Den Zero Draft im Sommer 2018, den Revised Draft im Sommer 2019 und schliesslich den Second Revised Draft vom 6. August 2020 (nachfolgend: Entwurf von 2020).

Wie bereits in den beiden vorangehenden Jahren beauftragte der Bund das SKMR auch im Jahr 2020 mit der Analyse des neuen Konventionsentwurfs.¹ Das vorliegende Analysepapier fasst ausgewählte Aspekte dieser Analyse zusammen. Es fokussiert dabei auf die materielle Bestimmungen des neuen Entwurfs und auf die Änderungen, die sich im neuen Entwurf ergeben haben. Beurteilt wurde insbesondere die Berücksichtigung der UNO-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten (nachfolgend: UNGP) und der OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen (nachfolgend: OECD-Leitsätze), die Einbettung einzelner Bestimmungen in das übrige regulatorische Umfeld sowie die Systematik und innere Kohärenz des Entwurfs von 2020.

II. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

1. Inhaltliche Schwerpunkte und Systematik

Der Entwurf von 2020 weist keine grundsätzlichen Änderungen gegenüber dem Entwurf von 2019 auf. Sowohl das Grundkonzept als auch die inhaltlichen Schwerpunkte und die Systematik der Konvention sind gleich geblieben.

Kernstück des Konventionsentwurfs sind nach wie vor die Bestimmungen zur Prävention (gesetzliche Verankerung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht in Art. 6) und zur rechtlichen Verantwortung der Unternehmen (Liability in Art. 8). Aus systematischer Sicht verändert wurde einzig der lange und unübersichtliche Art. 4 des Entwurfs von 2019. Dieser ist im Entwurf von 2020 neu in drei separate Artikel aufgeteilt: Art. 4 (Rechte der Opfer), Art. 5 (Schutz der Opfer) und Art. 7 (Zugang zu Abhilfe).

2. Grundkonzept

Unklar ist nach wie vor, welches Grundkonzept die Konvention verfolgt. Soll eine Art Rahmenabkommen geschaffen werden, das bestimmte Elemente vorgibt, die dann auf nationaler Ebene konkretisiert und umgesetzt werden müssen? Oder soll die Konvention detaillierte und direkt anwendbare Bestimmungen enthalten? Der aktuelle Entwurf von 2020 beinhaltet Elemente beider Ansätze, wie die Bestimmung zur rechtlichen Verantwortung der Unternehmen (Art. 8) illustriert:

¹ Für die Analyse des Zero Drafts von 2018 siehe das Analysepapier des SKMR: GHIELMINI/KAUFMANN; für die Analyse des Revised Draft von 2019 siehe die Kurzanalyse des SKMR: GHIELMINI/SOLTANI.

Auf der einen Seite beinhaltet diese Bestimmung in Art. 8 Abs. 1 die Verpflichtung der Staaten, im nationalen Recht die rechtliche Verantwortung für natürliche und juristische Personen vorzusehen, für den Fall, dass sich aus deren Geschäftstätigkeit bzw. Geschäftsbeziehungen Menschenrechtsbeeinträchtigungen ergeben («State Parties shall ensure that their domestic law provides for a comprehensive and adequate system of legal liability of legal and natural persons conducting business activities, domiciled or operating within their territory or jurisdiction, or otherwise under their control, for human rights abuses that may arise from their own business activities, including those of transnational character, or from their business relationships.»). Diese Bestimmung lässt viel Raum für die konkrete nationale Umsetzung. Auf der anderen Seite befasst sich die Bestimmung in Art. 8 Abs. 7 mit der rechtlichen Verantwortung von natürlichen und juristischen Personen für Menschenrechtsbeeinträchtigungen durch eine andere natürliche/juristische Person, mit der sie eine Geschäftsbeziehung unterhält. Diese Bestimmung legt konkrete Haftungsvoraussetzungen fest und lässt damit im Vergleich zu Art. 8 Abs. 1 nur sehr wenig Spielraum für die konkrete Umsetzung auf nationaler Ebene.

Vor der Diskussion über die einzelnen Bestimmungen wäre es somit notwendig, Konzept und Ausrichtung der Konvention nochmals grundsätzlich zu diskutieren.²

3. Bezug zu den UNGP

Verschiedene Änderungen, die im Entwurf von 2020 vorgenommen wurden, führen dazu, dass sich dieser noch stärker an den UNGP anlehnt:

- Staatliche Unternehmen: Neu erfasst der persönliche Geltungsbereich des Entwurfs von 2020 auch «State-owned enterprises» (vgl. Definition von «business activities» in Art. 1 Abs. 3), was dem persönlichen Geltungsbereich der UNGP entspricht.³
- Begriffe «human rights violations» und «human rights abuses»: Gemäss gängiger Terminologie wird zwischen Menschenrechtsverletzungen (human rights violations) durch Staaten und Menschenrechtsbeeinträchtigungen (human rights abuses) durch nicht-staatliche Akteure wie z.B. Unternehmen unterschieden.⁴ Während der erste Entwurf von 2018 die Begriffe noch nicht differenzierte, erwähnte der Entwurf von 2019 regelmässig beide Begriffe zusammen. Im Entwurf von 2020 wird neu die notwendige Differenzierung vorgenommen und bei nicht-staatlichen Handlungen konsequent von «human rights abuses» gesprochen. Bei einzelnen Stellen wäre zu überprüfen, ob zusätzlich zum Begriff der «human rights abuses» nicht auch der Begriff «human rights violations» zu ergänzen wäre, um staatliche, «business-related» Aktivitäten (z.B. öffentliches Beschaffungswesen) ebenfalls mit einzubeziehen (vgl. dazu beispielsweise Präambel Abs. 14 und 19).
- Auch das Konzept der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht (Art. 6) wurde nochmals stärker auf die UNGP und die OECD-Leitsätze ausgerichtet (vgl. dazu nachfolgend Kapitel III.6).

² Für einen anderen Ansatz des Grundkonzeptes der Konvention vgl. z.B.: METHVEN O'BRIEN.

³ Vgl. z.B. UNGP 4.

⁴ Vgl. z.B. die Terminologie in den UNGP: OHCHR, FAQ UNGP 2014, S. 43.

III. BEMERKUNGEN ZU EINZELNEN BESTIMMUNGEN

1. Zweck (Präambel und Art. 2)

Der Zweck wurde im Entwurf von 2020 neu formuliert. Dieser bezieht sich nun nicht mehr allgemein auf die Entwicklung der Menschenrechte, sondern konkret auf die staatlichen Pflichten im Zusammenhang mit Menschenrechtsbeeinträchtigungen durch Unternehmen und auf die Verantwortung der Unternehmen, die Menschenrechte zu respektieren.

2. Definitionen (Art. 1)

2.1. Opfer (Art. 1 Abs. 1)

Der Entwurf von 2020 definiert neu als Opfer die Personen, die im Kontext von wirtschaftlichen Aktivitäten Schaden/Leid erlitten haben, der/das eine Menschenrechtsbeeinträchtigung darstellt («shall mean any person or group of persons who (...) have suffered harm (...) that constitute human rights abuse»). Der Entwurf von 2019 definierte Opfer noch als Personen, deren Menschenrechte tatsächlich oder angeblich verletzt oder beeinträchtigt wurden («have suffered or have alleged suffered human rights violation or abuse»). Hinsichtlich einer Umsetzung im nationalen Recht macht es Sinn, dass die Opfereigenschaft unter anderem eine Verletzung der Persönlichkeit/persönlichen Integrität bzw. einen Schaden voraussetzt.

Als Opfer gelten im Entwurf von 2020 auch Familienangehörige; dies entspricht zu weiten Teilen anderen Menschenrechtsinstrumenten. So sind beispielsweise Familienangehörige der direkten Opfer je nach Fallkonstellation legitimiert, selbständig eine Beschwerde beim EGMR wegen Verletzung der EMRK einzureichen.⁵

Neu eingefügt wurde im Entwurf von 2020, dass eine Person ebenfalls als Opfer gilt, wenn sie Schaden/Leid erlitt, weil sie andere Opfer unterstützt hatte («(...) persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization»). Von dieser Formulierung werden insbesondere Menschenrechtsverteidigerinnen und Menschenrechtsverteidiger erfasst, die ansonsten im Entwurf von 2020 nicht explizit erwähnt sind. Die Formulierung ist insofern unproblematisch, als dass diese nicht automatisch als Opfer gelten, sondern nur dann, wenn sie ebenfalls Schaden/Leid erlitten haben. Allenfalls müsste die Formulierung «have suffered harm» präzisiert werden, sodass ersichtlich wird, dass nicht jegliche Form von Schaden gemeint ist, sondern Schaden im Kontext von wirtschaftlichen Aktivitäten, die Menschenrechtsbeeinträchtigungen darstellen.

⁵ GHIELMINI/KAUFMANN, S. 7.

2.2. Business Activities (Art. 1 Abs. 3)

Gemäss Entwurf von 2020 ist eine Geschäftstätigkeit «any economic or other activity undertaken by a natural or legal person, including State-owned enterprises, transnational corporations, other business enterprises, and joint ventures (...)».

Zur Beschreibung von «business activities» allein auf «for profit activities» abzustellen, wäre zu eng gefasst, da damit Aktivitäten, welche beispielsweise gemäss der Praxis zu den OECD-Leitsätzen auch unter den Geltungsbereich fallen sollen (vgl. z.B. CH-NKP Verfahren WWF und FIFA), ausgeschlossen würden.⁶ Die Definition im Entwurf von 2020 ist nun breiter und erfasst nicht nur gewinnorientierte, sondern zusätzlich auch andere Aktivitäten («other activity»). Allerdings ist die im Entwurf gewählte Formulierung unscharf. Klarer wäre es, auch in Anlehnung an die Praxis zu den OECD-Leitsätzen, von «any for profit or commercial activity» zu sprechen.

3. Räumlicher Geltungsbereich der Schutzpflicht

Die Formulierung zum räumlichen Geltungsbereich der Schutzpflicht wurde angepasst. Neu spricht der Entwurf von 2020 davon, dass die Pflicht der Staaten, vor Menschenrechtsbeeinträchtigungen durch Dritte (inkl. Unternehmen) zu schützen, sich auf Akteure beziehe, die sich im Territorium oder unter der Jurisdiktion oder anderweitig unter der Kontrolle des jeweiligen Staates befinden: «within their territory or jurisdiction or otherwise under their control» (vgl. Präambel Abs. 8, Art. 6 Abs. 1, Art. 6 Abs. 5 und Art. 8 Abs. 1). Im Entwurf 2019 war der räumliche Geltungsbereich noch folgendermassen definiert: «within their territory or otherwise under their jurisdiction or control».

Der räumliche Geltungsbereich der staatlichen Schutzpflicht («duty to protect») bezieht sich gemäss den UNGP auf das Territorium und/oder die Herrschaftsgewalt («jurisdiction») eines Staates (vgl. UNGP 2: «States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction»). Mit dem alternativen Element der Kontrolle («or otherwise under their control») geht der Entwurf von 2020 zumindest dem Wortlaut nach über die UNGP hinaus, ohne zu klären, was damit genau gemeint ist.

4. Persönlicher Geltungsbereich (Art. 3 Abs. 1)

Bereits im Entwurf von 2019 wurde der persönliche Geltungsbereich auf alle Unternehmensaktivitäten erweitert und beschränkte sich nicht mehr auf solche transnationalen Art. Dies entspricht dem Geltungsbereich der UNGP und nimmt ein von der Schweiz unterstütztes Anliegen auf.⁷

Neu definiert der Entwurf von 2020 den persönlichen Geltungsbereich nicht mehr über die Aktivitäten der Unternehmen (im Entwurf von 2019: «all business activities, including particularly but not limited to those of a transnational character»), sondern knüpft am Unternehmen an: «all business enterprises, including but not limited to transnational corporations and other business enterprises that undertake business activities of a transnational character» (Art. 3 Abs. 1).

Aufgrund der Tatsache, dass der persönliche Geltungsbereich der Konvention im Entwurf von 2020 alle Unternehmen unabhängig vom Ort und der Reichweite ihrer Tätigkeiten erfasst, ist aus

⁶ GHIELMINI/KAUFMANN, S. 3.

⁷ SCHWEIZ, Allgemeine Bemerkungen OEIGWG 2019.

systematischer Sicht der Verweis auf Unternehmensaktivitäten mit transnationalem Charakter, der an verschiedenen Stellen im Entwurf von 2020 gemacht wird, unnötig.

5. Sachlicher Geltungsbereich (Art. 3 Abs. 3)

5.1. Menschenrechte

Der sachliche Geltungsbereich in Art. 3 Abs. 3 wurde im Entwurf von 2020 spezifiziert. Während der Entwurf von 2019 noch in allgemeiner und unklarer Weise von «all human rights» sprach, verweist der Entwurf von 2020 neu auf die international anerkannten Menschenrechte und Grundfreiheiten, wie sie sich aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und dem Gewohnheitsrecht ergeben. Weitere fundamentale Menschenrechtsabkommen und Abkommen der ILO gelten dann, wenn der betreffende Staat sie ratifiziert hat.

Damit geht der Entwurf von 2020 weniger weit als die UNGP und die OECD-Leitsätze, die auf die International Bill of Human Rights abstellen. Diese beziehen damit auch die beiden UNO-Menschenrechtspakte unabhängig von der Ratifikation durch einen Staat ein und verweisen zudem auf die Kernarbeitsnormen der ILO. Der Verweis auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte im Entwurf 2020 ist insbesondere in Bezug auf Sozial- und Arbeitsrecht nicht hilfreich. Sinnvoller und klarer wäre es, wenn er sich auf die International Bill of Human Rights beziehen würde.

5.2. Bezug Umweltrecht

Nicht vom materiellen Geltungsbereich in Art. 3 Abs. 3 erfasst werden (international anerkannte) Umweltstandards. Trotzdem verweist der Entwurf von 2020 an verschiedenen Stellen auf Umweltbelange oder umweltrechtliche Standards: Bei der Definition von «human rights abuse» (Art. 1 Abs. 2), im Zusammenhang mit dem Recht auf Umweltsanierung (Art. 4 Abs. 2 Bst. c) sowie dem «environmental impact assessment» (Art. 6 Abs. 3 Bst. a) und der Berichterstattung über Umweltstandards (Art. 6 Abs. 3 Bst. e) als Teil der menschenrechtlichen Sorgfaltsprüfung. Diese Bestimmungen gehen somit grundsätzlich über den materiellen Geltungsbereich der Konvention hinaus.

Umweltrechtstandards und umweltrechtliche Aspekte können dann relevant für die Konvention sein, wenn sie in direktem Zusammenhang mit einer Menschenrechtsbeeinträchtigung stehen, wenn also beispielsweise die Verletzung eines Umweltstandards gleichzeitig die Beeinträchtigung eines Menschenrechtes darstellt (z.B. Recht auf Leben und auf Gesundheit bei verschmutztem Trinkwasser).

Die Definition von «human rights abuses» (Art. 1 Abs. 2) enthält im Entwurf von 2020 nun einen Verweis, der diesen Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Umweltstandards verdeutlicht. Die Bestimmung definiert den Begriff der Menschenrechtsbeeinträchtigung folgendermassen: «(...) any harm committed by a business enterprise, through acts or omissions in the context of business activities (...) that impedes the full enjoyment of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including regarding environmental rights.» Damit die übrigen Verweise auf Umweltbelange mit dem Geltungsbereich der Konvention vereinbar sind, müsste somit auch bei diesen der Hinweis angebracht werden, wonach Verletzungen von Umweltstandards dann relevant sind, wenn sie im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung von

Menschenrechten stehen. Nicht erfasst vom Geltungsbereich der Konvention sind Umweltstandards ohne Zusammenhang zu Menschenrechtsbeeinträchtigungen.

Nach wie vor unklar bleibt, welche Umweltstandards von der Formulierung «environmental rights» erfasst sein sollen.

6. Menschenrechtliche Sorgfaltspflicht (Art. 6)

Art. 6 des Entwurfs von 2020 beinhaltet die Pflicht der Staaten zur gesetzlichen Verankerung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht für Unternehmen.

Diese Bestimmung fügt sich ein in verschiedene Entwicklungen auf nationaler und internationaler Ebene: So äusserte sich beispielsweise der UNO-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in seinem General Comment Nr. 24 dahingehend, dass die Schutzpflicht der Staaten im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte unter anderem die positive Pflicht beinhalte, die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht gesetzlich zu verankern.⁸ Verschiedene Staaten haben dies bereits umgesetzt bzw. entsprechende Gesetzgebungsprozesse angestossen:⁹ In der Schweiz wird am 29. November 2020 über die Konzernverantwortungsinitiative abgestimmt. Bei Ablehnung tritt der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments mit einer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht bezüglich «Konfliktmineralien» und Kinderarbeit in Kraft. In Frankreich gilt seit 2017 die Loi de Vigilance, 2019 wurde in den Niederlanden ein Gesetz zur Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit Kinderarbeit verabschiedet (noch nicht in Kraft), und in Deutschland werden aktuell Eckpunkte für ein Lieferkettengesetz erarbeitet. Weiter gibt es auch auf Ebene EU konkrete Bestrebungen zur gesetzlichen Verankerung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht.¹⁰

Im Entwurf von 2020 wurde die Bestimmung leicht modifiziert, sodass sie der menschenrechtlichen Sorgfaltsprüfung gemäss den UNGP und den OECD-Leitsätzen entspricht:

- Angepasst wurden die vier Schritte der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht (Art. 6 Abs. 2 Bst. a bis d), sodass sie nun inhaltlich und vom Aufbau her mit denjenigen der UNGP und den OECD-Leitsätzen übereinstimmen. Im Entwurf von 2019 fehlte noch der dritte Schritt der Sorgfaltsprüfung (das Überprüfen der Effektivität der ergriffenen Massnahmen).
- Gemäss dem Entwurf von 2020 bezieht sich die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht neu nicht nur auf die eigenen Aktivitäten eines Unternehmens, sondern auch auf dessen Geschäftsbeziehungen («business relationships»). Der Entwurf von 2019 sprach in diesem Zusammenhang noch von vertraglichen Beziehungen («contractual relationships»), was im Hinblick auf die UNGP und die OECD-Leitsätze zu eng gefasst war.¹¹
- Weiter nimmt der Entwurf von 2020 neu teilweise die Differenzierung von UNGP 13 auf, wonach Unternehmen nicht nur Menschenrechtsbeeinträchtigungen verhindern müssen, sondern je nach Konstellation auch die Pflicht haben, die negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte zu mindern («mitigate» in Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. b). Nach wie vor unterscheidet der Entwurf von 2020 aber nicht nach den möglichen Beteiligungsformen der Unternehmen in

⁸ WSK-AUSSCHUSS, General Comment Nr. 24, Rz. 16.

⁹ Für eine Übersicht zu den aktuellen Entwicklungen auf nationalen Ebenen: OHCHR, Mandatory Human Rights Due Diligence 2020.

¹⁰ EUROPÄISCHES PARLAMENT, Draft Report, 2020/2129(INL).

¹¹ Für weitere Ausführungen zu „business relationships“: NOLAN.

Bezug auf Menschenrechtsbeeinträchtigungen, wie dies UNGP 13 entsprechen würde: 1) verursachen durch eigene Tätigkeiten, 2) beitragen durch eigene Tätigkeiten und 3) aufgrund einer Geschäftsbeziehung unmittelbar mit Menschenrechtsbeeinträchtigungen verbunden sein.¹²

Neu eingefügt wurde die Bestimmung in Art. 6 Abs. 6, wonach Staaten (unabhängig von einer allfälligen daraus resultierenden Menschenrechtsbeeinträchtigung) im nationalen Recht Sanktionen vorsehen müssen, für den Fall, dass Unternehmen der gesetzlich verankerten menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht nicht nachkommen.

Die Bestimmung zur menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht enthält zwar keine explizite Ausnahme für KMU, geht aber an verschiedenen Stellen auf deren besondere Bedürfnisse ein. So steht in Art. 6 Abs. 1 explizit, dass die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht der Grösse, den Risiken, der Natur und dem Kontext der Unternehmensaktivitäten angemessen sein solle. Diese Formulierung lässt Spielraum für die nationale Umsetzung. Ausserdem erfolgt in Art. 6 Abs. 4 ein Hinweis, wonach KMU bei ihrer Compliance mit den Vorgaben zur menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht unterstützt werden sollen. Diese beiden Bestimmungen stehen im Einklang mit UNGP 14.

7. Rechtliche Verantwortung (Art. 8)

Art. 8 des Entwurfs befasst sich mit der rechtlichen Verantwortung von Unternehmen. Dies im Sinne der zivilrechtlichen Haftung und strafrechtlichen bzw. verwaltungsrechtlichen Verantwortung. Wie bereits erwähnt (vgl. Kapitel II.2) müsste in Bezug auf diese Bestimmung vertieft diskutiert werden, ob sie den Staaten einen Umsetzungsauftrag im nationalen Recht erteilen oder aber konkrete Haftungsvoraussetzungen vorgeben soll.

Eine weitere Unklarheit der Bestimmung ergibt sich aus der Tatsache, dass zivilrechtliche, strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Aspekte vermischt werden. Aus systematischer Sicht wäre es zu begrüssen, diese klarer voneinander abzugrenzen. Zumindest aber müsste für jeden Absatz klar gemacht werden, ob er sich auf eine einzelne oder auf sämtliche Verfahrensarten bezieht.

Art. 8 Abs. 4 befasst sich mit strafrechtlichen/verwaltungsrechtlichen Sanktionen, die im nationalen Recht vorgesehen sein müssen. Diese Bestimmung enthält im Entwurf von 2020 eine neue Formulierung, die den Zusammenhang zwischen Menschenrechtsbeeinträchtigungen und Straf- bzw. Verwaltungsrecht klar macht und aufzeigt, dass für die Konvention nicht sämtliche Menschenrechtsbeeinträchtigungen auch straf- oder verwaltungsrechtlich relevant sind: «(...) criminal and/or administrative sanctions where legal or natural persons conducting business activities, have caused or contributed to criminal offences or other regulatory breaches that amount or lead to human rights abuses».

Art. 8 Abs. 7 enthält Vorgaben für die Haftung eines Unternehmens für Menschenrechtsbeeinträchtigungen durch andere Unternehmen, mit denen sie in einer Geschäftsbeziehung («business relationship») stehen. Im Unterschied zu Art. 8 Abs. 1 werden in dieser Bestimmung konkrete Haftungsvoraussetzungen aufgeführt. Konkret soll ein Unternehmen haften, wenn es nicht verhindert, dass ein anderes Unternehmen, mit dem es eine Geschäftsbeziehung hat, Menschenrechte beeinträchtigt bzw. dazu beiträgt. Diese Haftung soll für

¹² Vgl. dazu ausführlich: GHIELMINI/KAUFMANN, S. 13 ff.; sowie in Bezug auf den Entwurf von 2019: GHIELMINI/SOLTANI; ebenso: CNDCH, Avis de suivi 2020, S. 9.

Unternehmen gelten, die es rechtlich oder faktisch kontrolliert («legally or factually controls») oder beaufsichtigt («supervises»), oder aber wenn die Menschenrechtsbeeinträchtigung im Rahmen der Geschäftstätigkeiten oder im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung vorhersehbar gewesen wären («should have foreseen risk of human rights abuses in the conduct of their business activities or in their business relationship») und keine angemessenen Massnahmen zur Verhinderung ergriffen wurden.

Der Kreis der Unternehmen, für welche eine Haftung grundsätzlich denkbar wäre, ist weit gefasst. So ist es ausreichend, dass eine Geschäftsbeziehung besteht und entweder eine rechtliche, faktische Kontrolle, Aufsicht oder Vorhersehbarkeit des belastenden Ereignisses vorliegt. Gemäss der aktuellen Formulierung müsste eine Exkulpation möglich sein, wenn nachgewiesen wird, dass alle angemessenen Massnahmen zur Verhinderung der Menschenrechtsbeeinträchtigung ergriffen wurden (vgl. Art. 8 Abs. 7 und Art. 8 Abs. 8).¹³

Insgesamt erweist sich der gesamte Art. 8 des Entwurfs von 2020 als kompliziert und unübersichtlich. Das Grundkonzept der Bestimmung sollte geklärt und die Bestimmung systematischer aufgebaut werden. Sollte die Bestimmung zudem konkrete Haftungsvoraussetzungen festlegen wollen, müssten diese weiter diskutiert und klarer umrissen werden.

8. Weitere Bemerkungen

Nachfolgend wird auf einige weitere wichtige Aspekte/Änderungen in den Bestimmungen zu den Opferrechten (Art. 4), dem Zugang zu Wiedergutmachung (Art. 7), der Internationalen Zuständigkeit (Art. 9), der Verjährung (Art. 10) und dem anwendbaren Recht (Art. 11) hingewiesen:

8.1. Sammelklagen

Neu erwähnt der Entwurf von 2020 wieder die Sammelklage, wobei diese auf «appropriate cases» beschränkt wird (Art. 4 Abs. 2 Bst. d). Im Entwurf von 2018 war die Sammelklage ebenfalls enthalten, nicht aber im Entwurf von 2019. Das Schweizer Recht kennt das Institut der Sammelklage in dieser Form nicht. Nicht mehr enthalten ist die aus opferrechtlicher Sicht problematische Formulierung des Entwurfs von 2019, wonach die Vertretung der Opfer auch ohne deren explizite Einwilligung möglich sein solle.

8.2. Forum-non-conveniens-Doktrin

Neu eingefügt wurde eine Bestimmung, welche ausdrücklich die Anwendung der vor allem im angelsächsischen Rechtsraum vertretenen forum-non-conveniens-Doktrin (Ablehnungsrecht des Gerichts) verbietet (Art. 7 Abs. 5 und Art. 9 Abs. 3). Diese besagt, dass sich ein nach den Bestimmungen des internationalen Zivilprozessrechts eigentlich zuständiges Gericht für die Beurteilung einer Klage als unzuständig erklären kann, wenn es davon ausgeht, dass in Anbetracht der relevanten privaten und öffentlichen Interesse ein anderes Gericht besser geeignet ist, über die Streitigkeit zu entscheiden. In der Schweiz hat das Bundesgericht unter anderem in Bezug auf

¹³ Vgl. dazu auch: DE SCHUTTER.

das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) (die Anwendbarkeit der forum-non-conveniens-Doktrin verneint).¹⁴

8.3. Internationale Zuständigkeit (Art. 9)

Die internationale Zuständigkeit ergibt sich gemäss dem Entwurf von 2020 aus dem Erfolgsort (Ort, wo sich die Menschenrechtsbeeinträchtigung zugetragen hat; Art. 9 Abs. 1 Bst. a), dem Handlungs- oder Unterlassungsort (Ort, wo die Handlung oder Unterlassung, die zur Menschenrechtsbeeinträchtigung beigetragen hat, stattgefunden hat; Art. 9 Abs. 1 Bst. b) oder aus dem Wohnsitz/Sitz der beklagten Partei (Art. 9 Abs. 1 Bst. c). Der Erfolgsort wurde im Entwurf von 2020 neu eingefügt, gestrichen hingegen wurde der noch im Entwurf von 2019 enthaltene Wohnsitz des Opfers als zuständigkeitsbegründendes Element. Damit entspricht die Bestimmung zur internationalen Zuständigkeit weitgehend den für die Schweiz relevanten Bestimmungen der internationalen Zuständigkeit bei unerlaubter Handlung.

Die Definition des Sitzes einer juristischen Person in Art. 9 Abs. 2 des Entwurfs von 2020 entspricht grösstenteils der Definition anderer Instrumente des Internationalen Zivilprozessrechtes. Insbesondere wurde die ungewöhnliche Definition von Sitz über die «substantial business interests», welche im Entwurf von 2019 noch enthalten war, gelöscht.

8.4. Verjährung (Art. 10)

Die Bestimmungen zur Verjährung sind in das regulatorische Umfeld eingebettet: So ergibt sich die Unverjährbarkeit von Völkerstrafrechtstaten (Art. 10 Abs. 1) aus Art. 29 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs. Die Bestimmung, wonach für die Untersuchung und den Beginn von strafrechtlichen oder anderen Verfahren angemessene Zeit zur Verfügung stehen solle (Art. 10 Abs. 2), ergibt sich aus dem Verbot von zu restriktiven Verjährungsfristen gemäss dem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMKR, Art. 14 UNO-Pakt II).¹⁵

8.5. Anwendbares Recht (Art. 11)

Nebst dem Grundsatz in Art. 11 Abs. 1, wonach das Recht des international zuständigen Staates gelten solle (ausgestaltet als Gesamtnormverweisung), sieht Art. 11 Abs. 2 die Möglichkeit einer einseitigen Rechtswahl vor. Demnach sollen Opfer die Anwendung des Rechts desjenigen Staates verlangen können, in dem die beklagte Partei Sitz/Wohnsitz hat (Art. 11 Abs. 2 Bst. b) oder aber wo sich die Handlung oder Unterlassung, welche zur Menschenrechtsbeeinträchtigung geführt hat, zugetragen hat (Recht des Handlungs- oder Unterlassungsortes; Art. 11 Abs. 2 Bst. a). Die einseitige Rechtswahl durch die schwächere Partei ist ein Konzept, das dem internationalen Privatrecht bekannt ist.

¹⁴ BGE 129 III 295 E. 2.3.

¹⁵ GHIEMINI/KAUFMANN, S. 16.

8.6. Konsistenz mit völkerrechtlichen Prinzipien und Instrumenten (Art. 11)

Die Bestimmungen in Art. 14 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 5 Bst. a und b befassen sich mit dem Verhältnis zwischen der Konvention und anderen, thematisch verwandten internationalen Abkommen:¹⁶

- Bestehende (ältere) Abkommen über denselben Gegenstand wie die Konvention (Art. 14 Abs. 4): Für das Verhältnis zwischen einem älteren Abkommen mit gleichem Gegenstand und der Konvention verweist der Entwurf von 2020 zu Recht auf die entsprechenden Bestimmungen in Art. 30 des im Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge. Die Formulierung in Art. 14 Abs. 4, wonach frühere Abkommen zum gleichen Gegenstand nur insofern angewandt werden sollen, als dass sie mit der Konvention kompatibel sind, entspricht Art. 30 Abs. 3 des Wiener Übereinkommens und gilt nur für den Fall, dass alle Vertragsparteien des früheren Abkommens zugleich Vertragsparteien der Konvention sind.
- Bestehende (ältere) Abkommen, unter anderem Handels- und Investitionsabkommen (Art. 14 Abs. 5 Bst. b): Diese sollen so ausgelegt und umgesetzt werden, dass sie die Pflichten aus der Konvention und anderen relevanten Menschenrechtsabkommen nicht untergraben.
- Neue Handels- und Investitionsabkommen (Art. 14 Abs. 5 Bst. b): Bei Abschluss neuer Abkommen müssen die Staaten darauf achten, dass diese mit den Pflichten aus der Konvention und anderen relevanten Menschenrechtsabkommen vereinbar sind. Diese Bestimmung entspricht weitgehend UNGP 9 wonach sich Staaten beim Abschluss von internationalen Abkommen (z.B. Investitionsabkommen) ausreichenden innerstaatlichen Politikspielraum zur Erfüllung ihrer menschenrechtlichen Verpflichtungen erhalten sollten.

IV. FAZIT

Der Entwurf von 2020 enthält weder in konzeptioneller noch in inhaltlicher oder systematischer Hinsicht grundsätzliche Änderungen. Nach wie vor nicht geklärt ist, welchen grundsätzlichen Ansatz die Konvention verfolgt: Soll sie Umsetzungsaufträge an Staaten erteilen, oder will sie konkrete, unmittelbar anwendbare Normen einführen (z.B. Haftungsvoraussetzungen)?

Insgesamt ist es zu begrüßen, dass zahlreiche Detailanpassungen vorgenommen wurden, die dazu führen, dass sich der Entwurf von 2020 stärker an die UNGP und die OECD-Leitsätze anlehnt und sich besser in das aktuelle regulatorische Umfeld einfügt.

Der Entwurf von 2020 beinhaltet nicht nur bei den Haftungsvoraussetzungen (Art. 8), sondern auch in Bezug auf verfahrensrechtliche Fragen (z.B. Art. 4, Art. 7, Art. 9, Art. 11 ff.) zahlreiche konkrete Bestimmungen. Für die weiteren Diskussionen wäre es hilfreich, diese konkreten Bestimmungen des Entwurfs von 2020 bzw. seines vermutlich 2021 erscheinenden Nachfolgers vertieft auf ihre grundsätzliche Vereinbarkeit mit der Schweizer Rechtslage und den für die Schweiz massgeblichen internationalen Instrumenten zu überprüfen.

¹⁶ Vgl. dazu auch: GHIEMINI/KAUFMANN, S. 20.

LITERATURVERZEICHNIS

Literatur

- DE SCHUTTER OLIVIER, The Requirement to Practice Due Diligence, A Floor Not a Shield, *Opinio Juris*, 10. 9. 2020.
- GHIELMINI SABRINA/KAUFMANN CHRISTINE, Das verbindliche UN-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten und die UNGP: Komplementäre Instrumente?, Analysepapier des SKMR, Bern 2018.
- GHIELMINI SABRINA/SOLTANI PATRICIA, UNO-Konvention zu Wirtschaft und Menschenrechten, Analyse des zweiten Entwurfs vom 16. Juli 2019, SKMR Newsletter vom 24.9.2019.
- METHVEN O'BRIEN CLAIRE, The 2020 Draft UN Business and Human Rights Treaty, Steady Progress Towards Historic Failure, *Opinio Juris*, 11. 9. 2020.
- NOLAN JUSTINE, Global Supply Chains, Where Art Thou in the BHR Treaty? *Opinio Juris*, 7.9.2020.

Materialien

- CNCDH, Avis de suivi sur le projet d'instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, 15. 10. 2020, **zit.: CNCDH, Avis de suivi 2020.**
- EUROPÄISCHES PARLAMENT, COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS, Draft Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability, 2020/2129(INL), **zit.: EUROPÄISCHES PARLAMENT, Draft Report, 2020/2129(INL).**
- OHCHR, Frequently Asked Questions about the Guiding Principles on Business and Human Rights, New York/Genf 2014, **zit.: OHCHR, FAQ UNGP 2014.**
- OHCHR, UN Human Rights „Issues Paper“ on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companys, Juni 2020, **zit.: OHCHR, Mandatory Human Rights Due Diligence 2020.**
- STÄNDIGE VERTRETUNG DER SCHWEIZ BEI DER UNO IN GENF, Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme, Cinquième session, Déclaration générale de la Suisse, 14. – 18. 10. 2019, **zit.: SCHWEIZ, Allgemeine Bemerkungen OEIGWG 2019.**
- WSK-AUSSCHUSS, General Comment Nr. 24 on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities, E/C.12/GC/24, 10. 8. 2017, **zit.: WSK-Ausschuss, General Comment Nr. 24.**